



Trabajo de Fin de Master

MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN. LA INSCRIPCIÓN DE LOS MENORES EN ESPAÑA.

Presentado por:

Balma Franch Franch

Tutor/a:

Dra. Iciar Cordero Cutillas

Master Universitario en Abogacía

Curso académico 2019/20

Fecha de defensa: Enero o julio 2020



Trabajo de Fin de Master

Master Universitario en Abogacía

Curso académico 2019/20
Fecha de defensa: Enero o julio 2020

Resumen

El estudio realizado centra su atención en el ámbito de la práctica de la maternidad subrogada, concretamente está enfocado al estudio sobre el dilema, y sus posibles soluciones, al que se enfrenta el Registro Civil español en el momento en que los padres y/o madres intencionales de nacionalidad española pretenden inscribir el nacimiento y la filiación en relación con los menores nacidos por esta técnica en el extranjero, a sabiendas que en España el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho por tener un objeto ilícito, entre otras causas. Frente a esta situación, resulta necesario lograr un acuerdo internacional que establezca unos criterios claros y proteja a las partes más vulnerables del procedimiento, inspirado en el principio del interés superior del menor y en la protección a la madre gestante.

Palabras clave

maternidad/gestación subrogada, madre gestante, interés superior del menor, comitentes, nulidad del contrato, eficacia extraterritorial, inscripción, filiación, nacimiento, orden público internacional

Índice de abreviaturas

Abreviatura	Significado
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
CP	Código Penal
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. APROXIMACIÓN A LA MATERNIDAD SUBROGADA	5
2.1. Concepto	5
2.2. Partes intervinientes	7
2.3. Clasificación tradicional	10
3. LA ASIMETRÍA LEGISLATIVA EN EL ÁMBITO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, CONSECUENCIAS Y SOLUCIONES A LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DEL CONTRATO	12
3.1. Asimetría legislativa en el ámbito de la maternidad subrogada.....	12
3.1.1. Marco legal de la maternidad subrogada en el ámbito internacional	12
3.1.2. Marco legal de la maternidad subrogada en España	13
3.2. Consecuencias derivadas de la eficacia extraterritorial del contrato y sus posibles vías de solución	16
3.3. Proceso actual de inscripción en España.....	25
4. CONCLUSIONES	29
5. BIBLIOGRAFÍA	31

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, la gestación por sustitución ha estado rodeada de polémica desde sus inicios, y en los últimos años ha sido la protagonista de innumerables debates en la esfera pública.

Los motivos por los que decido realizar el trabajo de final de máster sobre la gestación subrogada y la inscripción de los estados civiles que conlleva su práctica son, en primer lugar, la curiosidad que me producía el hecho que algunos ciudadanos y ciudadanas de nacionalidad española pudiesen acudir a otros países en que la gestación por sustitución está legalizada o permitida para formar una familia, a sabiendas que en el Estado español esta técnica es contraria al ordenamiento jurídico, y cuál era el modo en que regularizaban su relación con el menor y la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil de nuestro país.

En segundo lugar, me resultaba interesante que en España se permitiese inscribir a los menores nacidos y la filiación de los mismos a favor de sus padres y/o madres intencionales, puesto que ello supone una contradicción normativa y, al mismo tiempo, provoca una gran desigualdad entre las personas según el poder adquisitivo que posean. Como es sabido, un proceso de maternidad subrogada en el extranjero requiere un gran coste económico, a consecuencia, sólo podrán acudir a esta práctica las personas que tengan una alta capacidad económica, sin que ello sea posible para aquellos ciudadanos y ciudadanas que no tengan cierto poder adquisitivo.

El objetivo de este trabajo será, por tanto, dar respuesta a las cuestiones planteadas en los párrafos anteriores y estudiar aquellas apreciadas a lo largo de la investigación doctrinal y jurisprudencial desarrollada.

Por lo que respecta a metodología seguida con el fin de abordar el objetivo del trabajo, en primer lugar se analizan las cuestiones generales consideradas relevantes en el ámbito de la práctica internacional de la gestación por sustitución, con el fin de realizar una aproximación a la problemática de la eficacia extraterritorial de los contratos de gestación por sustitución llevados a cabo en el

extranjero por ciudadanos y ciudadanas españoles. A continuación, se estudia de un modo más profundo el marco legal de la maternidad subrogada en España y las consecuencias de la actual regulación asimétrica existente a nivel internacional, procurando no entrar en debates jurídicos ni morales, a través del estudio doctrinal y jurisprudencial sobre el procedimiento de inscripción registral del nacimiento de los menores nacidos mediante esta práctica en el extranjero y cuyos padre/s y/o madre/s no gestantes, pretenden obtener la filiación de los mismos e inscribirlo así en el Registro Civil español, realizando a su vez, una breve referencia a la jurisprudencia comunitaria.

2. APROXIMACIÓN A LA MATERNIDAD SUBROGADA

2.1. Concepto

La Real Academia de la Lengua Española define los conceptos relacionados del siguiente modo, “*Gestación; proviene del latín, gestatio; Acción y efecto de gestar o gestarse. Embarazo, preñez*”, “*Subrogación; proviene del latín, subrogatio; Acción y efecto de subrogar*”, “*Subrogar; proviene del latín, subrogâre; Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.*”¹. De estas definiciones se puede deducir que la práctica de gestación por subrogación consiste en la acción de gestar a través de otra persona. No obstante, también se considera adecuado referirse a esta práctica como “*gestación subrogada*”, “*maternidad subrogada*” o “*gestación por cuenta ajena*”. Existen otros términos que se utilizan para determinar esta práctica de una forma más común, aunque son mucho menos apropiados, como “*vientre de alquiler*”, “*alquiler de útero*”, “*mujer vasija*”, “*madres suplentes*”, “*madres portadoras*” o “*donación temporánea de útero*”.

Atendiendo al criterio utilizado por el legislador español, el concepto que utiliza para referirse a esta práctica, tal y como plasma en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, (en adelante, LTRHA), es “*gestación por sustitución*”.

Desde la perspectiva jurisprudencial, no existe una definición aceptada de forma unánime en España, pues se trata de una práctica cuyo contrato es nulo en nuestro país, y por ende, no se ha llegado a dotar a la misma de una definición marco por los tribunales españoles. Sin embargo, existen resoluciones en que se resuelven cuestiones desencadenadas por la realización de esta práctica en el extranjero en que se describe sutilmente la maternidad subrogada, como la Sentencia núm. 881/2016 del Tribunal Supremo, (en adelante, TS), el 25 de octubre de 2016, quién se refiere a la maternidad subrogada en su Quinto Fundamento de Derecho como, “*Esa figura (denominada de múltiples formas en la*

¹ Página Web RAE: <https://dle.rae.es/?id=J9v9ovs>, <https://dle.rae.es/?id=YZ0PKbq>, <https://dle.rae.es/?id=YZ2is6w>

realidad: vientre de alquiler, maternidad subrogada o suplente, etc.) es la que nuestro Derecho identifica como gestación por sustitución y surge cuando se concierta la gestación (con o sin precio) a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de un contratante o de un tercero (art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo , sobre técnicas de reproducción humana asistida)”².

Existen varios autores que han tratado de definir el concepto “*maternidad subrogada*” de un modo más estudiado, pudiendo utilizarse alguna de estas descripciones más actuales para referirse a dicha práctica en un contexto jurídico. Siguiendo la línea del tiempo, una de las primeras definiciones fue la de Coleman P., “*La maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante un contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte*”³. Esta definición se construye con base en las creencias y costumbres sociales del siglo pasado, fue creada en el año 1982, por ello no se adapta correctamente a la actualidad social del presente. En primer lugar, establece el método de la inseminación artificial como único modo de gestar, tiende como requisito la infertilidad de la pareja, el matrimonio entre el hombre del que provendrá el material biológico masculino y la mujer infértil, dejando fuera a las madres y/o padres que pretendan serlo de forma individual o a las parejas homosexuales.

El momento en que la técnica de la maternidad subrogada empieza a abarcar todos los medios de gestación para llevarla a cabo sin discriminar a los comitentes, comienza con la definición del autor Pérez M., para quién la gestación

² Sentencia 881/2016, de 25 de octubre de 2017, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ECLI: ES:TS:2016:5375

(Esta sentencia versa sobre la procedencia de las prestaciones de Seguridad Social en caso de “gestación por sustitución” solicitadas por el padre biológico y registral).

³ NOTRICIA, F., COTADO.F., PATRICIO, J.C., “La figura de la gestación por sustitución”, Revista IUS, Vol. 11, N° 39, Puebla, enero/junio 2017, ISSN 1870-2147, pp. 3 y 4

(En la revista citada se nombra la definición dada por Phyllis Coleman, citándola como: “COLEMAN, PHILLYS, “*Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions*”, *Tennessee Law Review*, No. 50, 1982, pp. 71-118.”)

por sustitución es *“aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)”*⁴.

Siguiendo la línea temporal, resulta interesante destacar la definición del año 2013 de Lamm E. quién entiende, *“la gestación por sustitución es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”*⁵.

A partir de las definiciones descritas, resulta adecuado referirse a la gestación subrogada como el proceso por el cual una mujer denominada *“gestante”*, se compromete, mediante un contrato, a gestar un embrión por encargo por otras personas llamadas *“comitentes”*, ya sea de forma altruista o lucrativa, para posteriormente renunciar a la filiación del menor nacido fruto de dicha gestación en favor del comitente u otra persona⁶.

2.2. Partes intervinientes

Los elementos subjetivos que existen necesariamente en los procesos de gestación por sustitución son las personas comitentes, la mujer gestante y el niño que nacerá en consecuencia del acuerdo.

Las personas comitentes o padres y/o madres intencionales, son aquellas que realizan el encargo a la mujer de llevar a cabo la gestación del futuro niño naci-

⁴ PÉREZ, M., “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”, Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, p.329

⁵ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, Barcelona, diciembre 2013, p. 24

⁶ MUÑOZ, G., “La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”, Actualidad Jurídica Iberoamericana, Nº 10 bis, junio 2019, ISSN 2386-4567, p.724

do, al que considerarán hijo propio tras la renuncia de la filiación del mismo por la madre gestante a favor de los mismos. Por tanto, son las personas que tienen la voluntad de ser padre/s y/o madre/s para lo cual acuden a la técnica de la maternidad subrogada, realizando el encargo a la mujer gestante de dar a luz al menor, del cuál asumirán la custodia una vez nacido.

En cuanto a la mujer gestante, también denominada por un sector de la doctrina “portadora”⁷, será la encargada de llevar el embarazo a término por cuenta de los progenitores intencionales, renunciando a la declaración de maternidad del hijo en favor del reconocimiento de la filiación de los comitentes. Atendiendo a esta figura, resulta importante que el consentimiento prestado para ser parte en el contrato de la maternidad subrogada sea válido, es decir, haya sido verdaderamente libre, comprendiendo las consecuencias que derivan del mismo y conociendo el procedimiento del que va a formar parte⁸. En relación a esta figura, cobra especial atención al principio moral kantiano sobre la dignidad, por el que un ser racional no puede ser tratado como un mero instrumento o medio para conseguir un determinado fin, sin que sea reconocido como un fin en sí mismo⁹. En este aspecto, debe prevenirse la explotación o el posible abuso a la mujer gestante que recurra a la subrogación influenciada por un estado de necesidad¹⁰.

Por lo que respecta a los menores nacidos a consecuencia de los acuerdos de gestación subrogada y que serán entregados a las personas comitentes una vez la madre gestante haya dado a luz, renunciando la misma a la filiación del menor a favor de las mismas. Es evidente que los menores nacidos a través de este procedimiento son la parte más vulnerable del proceso, puesto que existe un considerable riesgo de lesión sobre su derecho fundamental a la identidad personal y a respetar un desarrollo digno, así como de sufrir un trato discrimi-

⁷ FERNANDEZ, P.I., “Criterios bioéticos y constitucionales”, en Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín Maternidad Subrogada, Jornadas sobre “maternidad subrogada”, Colegio de Abogados de Madrid, abril de 2018

⁸ VILAR, S., “Gestación por sustitución”, Tesis Doctoral, Universidad Jaume I de Castellón de la Plana, 2017, p. 58 y 59

⁹ GIL, H., “Editorial”, en Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín Maternidad Subrogada, Jornadas sobre “maternidad subrogada”, Colegio de Abogados de Madrid, abril de 2018

¹⁰ VILAR, S., “Gestación por sustitución...”, cit., , p.59

natorio basado en su nacimiento o estatus parental, pudiendo quedar desamparado ante la negativa de inscripción en el país en que los comitentes pretenden inscribir su nacimiento y filiación a favor de los mismos. La Convención de los Derechos del Niño establece en su artículo 6, la obligación para los Estados que son parte para garantizar su derecho intrínseco a la vida, en su artículo 7, su derecho a preservar su identidad personal, derecho a obtener un nombre desde su nacimiento y una nacionalidad, y para ello, de acuerdo con el artículo 8, los Estados deberán atender y proteger a los menores, velando en todo caso por el interés superior del niños y por la aplicación de los derechos descritos, con miras a restablecer rápidamente su identidad¹¹. En este mismo sentido, se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (en adelante, TEDH), en las Sentencias de 26 de junio de 2014, sobre los famosos casos, resueltos por el tribunal de forma idéntica, de Mennesson y Labassee¹². El TEDH sigue el mismo criterio en su primer Dictamen de fecha 10 de abril de 2019, solicitado

¹¹Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, referencia BOE-A-1990-31312

(“Artículo 6. 1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”)

“Artículo 7. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”

“Artículo 8.1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

¹² Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 5ª, Caso Mennesson contra Francia, de 26 de junio de 2014, JUR\2014\176908 y Sentencia Caso Labassee contra Francia, de 26 de junio de 2014, JUR\2014\176908

(Son dos asuntos similares surgidos a propósito de casos resueltos conforme a la legislación francesa negándose la inscripción por contravenir el orden público francés, puesto que en este país la práctica de la maternidad subrogada está prohibida.

A) El caso Mannesson aborda un supuesto en que una pareja heterosexual de nacionalidad francesa recurre a la gestación por sustitución en Estados Unidos de América, concretamente en California, aportando el marido comitente el material genético masculino y el óvulo la madre gestante.

B) El caso Labassee se trata de una pareja heterosexual francesa que recurre a la gestación por sustitución en los Estados Unidos de América, en concreto Minnesota, el material genético masculino lo aporta el marido comitente mientras que el óvulo es de la madre gestante.

En ambos casos el TEDH entiende inadmisibles que el menor se encuentre en un estado de incertidumbre jurídica puesto que esta conducta infringe lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio de Roma sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar, por no concederle al menor una identidad cierta en el país del que son nacionales los padres y/o madres intencionales)

por el Tribunal de Casación francés a raíz del caso Mennesson, en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente¹³.

2.3. Clasificación tradicional

Atendiendo a la práctica de la gestación subrogada, se ha distinguido de forma tradicional¹⁴ en dos modalidades de llevarla a cabo: la gestación subrogada tradicional y la gestación subrogada gestacional¹⁵.

La gestación por sustitución tradicional o heteróloga se da cuando la mujer gestante aporta su útero y su propio material reproductor, pudiendo provenir el material genético masculino de un varón comitente o de un donante, en este segundo caso el menor no tendría ningún vínculo biológico con las personas comitentes.

Hablamos de maternidad subrogada por gestación u homóloga cuando se lleva cabo la gestación a través de la fecundación in vitro, proviniendo los gametos de la pareja comitente, o con gametos aportados total o parcialmente de terce-

¹³ Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “En relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente”, Estrasburgo, 10 de abril de 2019. (Observar pp. 19 y 20)

¹⁴ Además de la clasificación tradicional, puede hacerse una segunda distinción atendiendo al coste del procedimiento, según la cuál la gestación podrá considerarse altruista o lucrativa. La gestación subrogada será altruista cuando la mujer gestante no reciba ninguna compensación económica por ello, puesto que lo realizará sin ánimo de lucro. En cualquier caso, las personas comitentes se harán cargo tanto de los gastos médicos como legales. Por contra, la gestación por sustitución será lucrativa cuando la madre gestante acepte una suma de dinero a cambio de gestación y posterior renuncia de la filiación del menor fruto de la misma a favor de los comitentes.

¹⁵ NÚÑEZ DE CASTRO, M^aS., “La maternidad subrogada en España: ¿Coherencia entre la jurisprudencia civil y laboral?: Reflexiones a propósito de la STS de 25 de Octubre de 2016. Sala de lo Social”, Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, N^o 16, Universidad de Málaga, octubre de 2017, ISSN 2255-1824, p. 6

ros donantes. Se trata de maternidad subrogada plena o total, porque la mujer gestante se limita a “*portar el feto*” sin aportar material reproductor propio¹⁶.

Esta distinción debemos entenderla siempre desde la perspectiva de las legislaciones en que la práctica de la maternidad subrogada está legalizada o permitida, puesto que sólo en este contexto cobrará sentido esta relación obligatoria entre comitente/s y madre gestante¹⁷.

¹⁶ SÁNCHEZ, R., “La gestación por sustitución: Dilemas éticos y jurídicos”, Humanitas Humanidades Médicas, Tema del mes on-line, N° 49, abril de 2010, ISSN 886-1601

¹⁷ NÚÑEZ DE CASTRO, M^aS., “La maternidad subrogada en España...”, cit., p.7

3. LA ASIMETRÍA LEGISLATIVA EN EL ÁMBITO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, CONSECUENCIAS Y SOLUCIONES A LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DEL CONTRATO

3.1. Asimetría legislativa en el ámbito de la maternidad subrogada

3.1.1. Marco legal de la maternidad subrogada en el ámbito internacional

Desde el punto de vista científico, la práctica de la maternidad subrogada es completamente viable, sin embargo, legalmente no puede desarrollarse en todos los países del mundo puesto que existe una gran asimetría en cuanto a su regulación entre los distintos Estados, tal y como se observa en el documento anexo.

En la actualidad, existe una situación de asimetría legislativa a nivel internacional por lo que respecta a la regulación sobre la práctica de la maternidad subrogada¹⁸. Prueba de ello, la gran mayoría de países han aceptado y dotado de base legal los aspectos relativos a las técnicas de reproducción asistida como medio de acceso a la paternidad para las personas infértiles, sin embargo, la maternidad subrogada se encuentra prohibida o sin regulación expresa en gran parte de ellos¹⁹.

En un primer grupo se sitúan aquellos países en que la maternidad subrogada está prevista expresamente, no obstante, es importante distinguir entre aquellos países en que la práctica debe desarrollarse necesariamente de una forma altruista y siempre cumpliendo una serie de requisitos tasados, como es el caso de Grecia, y aquellos que la admiten en un sentido más amplio, aceptando incluso el uso de práctica comercial, es el caso de India o Rusia.

¹⁸ DÍAZ, J.M., "La gestación por sustitución en el Registro Civil español, la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea", Revista de Derecho Civil, Vol.VI, Nº 1, Estudios, ISSN 2341-2216, p. 55

¹⁹ VILAR, S., "Gestación por sustitución"..., cit., p. 99

Se encuentran en una posición intermedia aquellos Estados en que no existe previsión legal sobre la práctica de la maternidad subrogada, como Bélgica, Brasil o Austria. En estos países la permisión o no al acceso dependerá de sus intereses, aprovechándose de la laguna jurídica existente en sus ordenamientos.

El último grupo de países son aquellos en los que la práctica de la maternidad subrogada está expresamente prohibida, como es el caso de España, Alemania, Italia o Francia, habiendo distinciones en cuanto a su regulación. Los países más permisivos, sancionan con la nulidad de pleno derecho del convenio de gestación subrogada, sin embargo, el resto de Estados sancionan con más ímpetu la conducta descrita, aplicando desde multas económicas hasta penas privativas de libertad²⁰.

3.1.2. Marco legal de la maternidad subrogada en España

El contrato de maternidad por sustitución es aquel convenio por el que la madre gestante se compromete a gestar y dar a luz al bebé renunciando al mismo tiempo de su filiación a favor de las personas comitentes. Dicha definición solo cobra sentido desde una visión internacional en la que se contemplan ordenamientos jurídicos que legalizan o permiten estos acuerdos. Puesto que, en el Estado español el contrato de gestación subrogada es nulo de pleno derecho al tenor de lo expuesto el artículo 10.1 de la LTRHA, según el cual, *“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*.

Existen varios motivos por los que el legislador español entiende que este contrato de maternidad subrogada debe ser nulo de pleno derecho, tanto en los

²⁰ VILAR, S., “Gestación por sustitución”..., *ibid.*, p. 102

(En adicción a lo expuesto, los países que regulan de forma más dura la práctica de la maternidad subrogada, aplican las sanciones y penas descritas a todas las partes implicadas en el proceso, desde los padres y/o madres intencionales hasta los médicos que actúen en algún momento el procedimiento.)

casos en que se realice de forma altruista como en aquellos en los que exista precio.

El primer motivo versa sobre la indisponibilidad del cuerpo de la mujer gestante, pues conforme el principio moral kantiano, el ser humano no debe ni puede ser objeto de comercio, ni el cuerpo de la mujer puede utilizarse como “vasija portadora” y ser comprado por una cuantía indeterminada de dinero, ello atenta directamente contra la dignidad de la mujer si esta no elige voluntariamente someterse a la práctica, pues cuando se abre un mercado en una situación global de desigualdad obligas a millones de mujeres a entrar en él²¹. En este sentido, el artículo 10.1 de la Constitución Española, (en adelante, CE), recoge la dignidad de la persona como fundamento del orden político en los siguientes términos, *“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

El segundo motivo, y no por ello menos importante, tiene relación con el menor fruto de la gestación. El niño o la niña no puede ser objeto de transacción, el legislador entiende que dicha práctica atenta contra la moral y el interés superior del menor. Este segundo argumento viene reforzado por lo establecido sobre la nulidad de los contratos en el Código Civil, (en adelante, CC), teniendo en cuenta las siguientes precisiones: I) El contrato debe ser nulo por carecer este de objeto, y ello al tenor del artículo 1.261 del CC que establece, *“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca de objeto cierto que sea materia del contrato”*. Por su parte, el artículo 1.271 del CC dispone, *“Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras...”*. A consecuencia, no puede ser objeto del contrato el niño que nazca por medio de la gestación subrogada, puesto que las personas están fuera de comercio. II) Además, el contrato es nulo por no tener una causa lícita, puesto que la misma se opone a las leyes y la moral, tal y como dispone el artículo

²¹ GIL, H., “Editorial”, en Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín Maternidad Subrogada, Jornadas sobre “maternidad subrogada”, Colegio de Abogados de Madrid, abril de 2018

1.271 del CC, *“Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.”*

Resulta interesante destacar que, el acto de entregar a un hijo para alterar o modificar su filiación es una conducta prevista por el Código Penal español, (en adelante, CP), a la que se le atribuye una condena de pena de prisión de seis meses a dos años. En este sentido, los apartados primero y segundo del artículo 220 del CP disponen, *“1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años. 2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación. (...)”*.

En cuanto a la filiación de la maternidad, en el Estado español se determinará por el parto, es decir, será la madre gestante a la que corresponda la filiación, pues ella es la que da a luz al bebé. Este criterio viene recogido por el artículo 10.2 de la LTRHA, según el cuál, *“2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.”*. En este mismo sentido, el artículo 44.4 de la Ley 20/2011 de Registro civil dispone que, *“La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”*.

Una vez referenciada la normativa aplicable en el Estado español, resulta interesante destacar la propuesta de reforma del Comité de Bioética de España. En mayo de 2017, el Comité publica por iniciativa propia, un Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada²². Dicho Informe concluye considerando necesaria una reforma de la LTRHA para adaptarla a la realidad social del momento y que siga cumpliendo el objetivo para el que fue creada por el legislador, también llamada *“ratio legis”*, además establece tres criterios en los que dicha reforma debería estar orientada. El primero de ellos, lograr que la nulidad de los contratos también sea aplicable a aquellos celebrados en el extranjero. El segundo punto, entender la explotación a la que son sometidas las mujeres gestantes como una fuerte razón para que España de-

²² Comité de Bioética de España, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurisprudenciales de la maternidad subrogada”, Miembros del Comité, Bilbao, 16 de mayo de 2017

fienda, en el seno de la comunidad internacional, la prohibición de esta práctica a nivel internacional. Por último, que no se produzca el efecto colateral de dejar desprotegidos a los niños que nazcan de los procesos que estén en curso antes de que entrase en vigencia dicha reforma.

3.2. Consecuencias derivadas de la eficacia extraterritorial del contrato y sus posibles vías de solución

En el marco de la asimetría legislativa que existe actualmente a nivel internacional se produce el conocido turismo reproductivo o de circunvalación²³, a través del cuál los padres y/o madres intencionales viajan a un país de destino en que la práctica de la gestación subrogada está permitida para llevarla a cabo y regresar al país de origen, pretendiendo, a su llegada, que se reconozca la filiación establecida en el extranjero fruto de la práctica descrita. A consecuencia de esta práctica, se produce una situación de ambigüedad para el país de origen en que se pretende inscribir el nacimiento y la filiación de los comitentes en relación al menor fruto de la gestación por sustitución.

Pues bien, encontrándose frente a la situación descrita, el Registro Civil español se pronunció, a través de la Resolución de 18 de febrero de 2009²⁴, en respuesta al recurso interpuesto por un matrimonio de dos varones de nacionalidad española y residentes en España quiénes solicitaban la inscripción de nacimiento de dos niños gemelos, nacidos en San Diego, California, en octubre de 2008 mediante la técnica de la gestación subrogada. En contra de sus in-

²³ GLENN, I., "Las fronteras del derecho sanitario: Globalización y Turismo Médico", 2014, ISSN 1575-8427, p. 27

²⁴ Resolución de 18 de febrero de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

(Esta resolución ha dado lugar a un enfrentamiento entre la doctrina administrativa y la jurisprudencia, puesto que la misma se aleja de lo previsto en la ley en relación a la nulidad del contrato de maternidad subrogada en España. Por ello, fue impugnada por el Ministerio Fiscal y el Tribunal de 1ª Instancia nº15 de Valencia dejó sin efecto la resolución a través de la Sentencia 193/2010, de 15 de septiembre de 2010. Posteriormente, esta sentencia fue objeto de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, quién desestimó el recurso a través de la Sentencia 5738/2011, de 23 de noviembre de 2011. A continuación, los demandantes presentaron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, quién desestimó de nuevo el recurso a través de la famosa Sentencia 835/2014, del 6 de febrero de 2014.)

tenciones, el Encargado del Registro Civil consular deniega la inscripción en base al artículo 10.1 y 10.2 de la LTRHM. La Dirección General de los Registros y del Notariado, (en adelante, DGRN), a través de la citada resolución, estima el recurso y ordena que se proceda a la inscripción en el Registro Civil consular del nacimiento de los menores junto con la filiación que constan en la resolución extranjera consistente en una certificación registral de lo que resulta que son hijos de los recurrentes.

Los principales argumentos jurídicos que fundamentan la Resolución citada son; I) los niños nacidos en California pueden considerarse españoles por ser “nacidos” de padre español de acuerdo con el artículo 17.1.a) del CC, por tanto, podrán inscribirse en el Registro Civil español en virtud del artículo 15 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil²⁵, II) el Registrador entiende que la resolución judicial extranjera en cuestión es título inscribible en el Registro Civil por tratarse de un documento público, haberse aportado traducción y haber sido elaborada por la autoridad competente, y, III) en cuanto al orden internacional privado, entiende que la inscripción no atenta contra el mismo centrándose en el trato discriminatorio hacia los padres varones y en el interés superior del menor, puesto que si no se procediera a la inscripción se estaría infringiendo el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁶. Basándose en estos fundamentos, la DGRN ordena que se proceda a la inscripción

²⁵ Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, art. 15, referencia BOE-A-1957-7537, -según el cual *“En el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros. En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el derecho español.”*

(La citada ley no está vigente actualmente, sin embargo resulta de aplicación en el contexto indicado puesto que en el momento en que se dictó la Resolución de 18 de diciembre de 2009 aun no había entrado en vigor la Ley 21/2011, de 20 de julio, de Registro Civil)

²⁶ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (...), cit.

(En su artículo 3 establece; *“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”*)

pero deja claro que su decisión no entra a cuestionar la validez del contrato, la filiación y el efecto de cosa juzgada de la decisión judicial extranjera²⁷.

Sin embargo, la Resolución descrita fue llevada a los tribunales por Ministerio Fiscal, así el Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Valencia estimó el recurso y dejó sin efecto la inscripción de nacimiento realizada en el Registro Civil consular de los Ángeles junto con las mociones de filiación, a través de la Sentencia de 15 de septiembre de 2010²⁸. Llegados a este punto, los padres comitentes no se conformaron con la sentencia de primera instancia y la llevaron en apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, quién resolvió desestimando el recurso²⁹. Posteriormente, se presentó recurso de casación ante el TS, quién decidió nuevamente desestimar el recurso interpuesto a través de la Sentencia nº 835/2014 dictada por la Sala de lo Civil el día 6 de febrero de 2014³⁰.

Resulta interesante analizar los fundamentos utilizados por el TS en la STS nº 835/2014. La primera idea en que se sustenta dicha resolución consiste en la imposibilidad de que la calificación registral californiana acceda al Registro Civil español debido a que ello supondría una vulneración del orden público internacional español. En segundo lugar, el tribunal alega la inexistencia en este caso de un problema de discriminación por razón de sexo u orientación sexual, pues la nulidad radica en el contrato en sí mismo, con independencia de quiénes hayan sido los comitentes y la relación que estos mantengan. Por último, el tribunal rechaza que su decisión afecte negativamente al interés superior del menor, el supremo considera que dicho principio general ha de aplicarse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, no para ir en contra de la misma, asimismo, *“La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento que, de ser*

²⁷ QUIÑONES, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, julio 2009, pp. 36 y 37

²⁸ Sentencia 193/2010, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Valencia el 15 de septiembre de 2010, ECLI: ES:JPI:2010:25

²⁹ El recurso de apelación fue resuelto por la Sentencia 5738/2011, de 23 de noviembre de 2011, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, ECLI: ES:APV:2011:5738

³⁰ Sentencia 835/2014, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, el 6 de febrero de 2014, ECLI: ES:TS:2014:247

procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo.”

Cuestión interesante a destacar resulta el ATS de 2 de febrero de 2015³¹ por el cual el TS resolvió un incidente de nulidad de actuaciones por vulneración de derechos fundamentales interpuesto contra la relacionada con la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 6 de febrero de 2014. El incidente de actuaciones descrito fue planteado a consecuencia del primer pronunciamiento del TEDH sobre el alcance y la trascendencia que supone la práctica de la maternidad subrogada que hizo a través de las Sentencias del TEDH, de 26 de junio de 2014, sobre los famosos casos, resueltos por el tribunal de forma idéntica, de Mennesson y Labassee.

En las mencionadas sentencias internacionales, el TEDH condenó al estado francés por no permitir las inscripciones del nacimiento y filiación de los menores en relación a los padres comitentes, pues en Francia la práctica de la gestación subrogada es ilegal. El TEDH consideró inadmisibles que los menores se encontrasen en un estado de incertidumbre jurídica puesto que dicha conducta infringe lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio de Roma sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar³², por no concederle al menor una identidad cierta en el país del que son nacionales los padres y/o madres intencionales. No obstante, el TEDH reconoce el derecho de cada Estado a admitir, prohibir o no regular la práctica de la maternidad subrogada, sin que ello afecte al establecimiento de la filiación del menor fruto de la misma desde el momento de su nacimiento³³. A partir del caso Mannesson, el TEDH emite su Dictamen de 10

³¹ Auto 335/2015 dictado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo el 2 de febrero de 2015, ECLI: ES:TS:2015:335A (En su parte dispositiva resuelve, “LA SALA ACUERDA :1.- No ha lugar a declarar la nulidad de la sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 , dictada por el Pleno de esta Sala ...”).

³² Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, art. 8, referencia BOE-A-1999-10148

³³ DURAN, A., “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. II, Salamanca, diciembre 2014, ISSN 2340-5155, pp. 277-282

de abril de 2019 solicitado por el Tribunal de Casación francés en virtud del artículo 3 del Protocolo nº 16³⁴. Pues bien, el tribunal de casación plantea dos cuestiones, la primera de ellas sobre la obligación de los Estados, en que la práctica de la maternidad subrogada no está admitida o es ilegal, de aceptar en virtud del certificado de nacimiento el reconocimiento en el extranjero como madre de intención a la mujer contratante y pareja del padre biológico, y si existe diferencia en la respuesta a la pregunta anterior en el caso de que la mujer contratante haya aportado sus óvulos. La segunda pregunta plantea, en caso de respuesta afirmativa de las cuestiones anteriores, si la posibilidad que tiene la madre comitente de adoptar al hijo de su cónyuge (el padre biológico) como medio para establecer la relación jurídico materno-filial garantizaría el cumplimiento del artículo 8 del Convenio de Roma. En respuesta, el TEDH no se pronuncia de una forma clara sobre la primera parte de la cuestión, sin embargo, sobre el segundo apartado entiende que si la madre intencional hubiera aportado su material genético, la necesidad de prever una posibilidad de reconocimiento de la relación jurídica entre el niño y la madre de intención sería más convincente³⁵. Y, sobre la segunda pregunta admite que la elección de los medios para permitir el reconocimiento de la relación jurídica entre el menor y los progenitores comitentes a la vista de la certificación de nacimiento, será la que escojan los Estados, sin que estén obligados a optar por la inscripción de los datos de las partidas de nacimiento legalmente establecidas en el extranjero, si bien anuncia que en caso de optar por la adopción el procedimiento deberá garantizar la prontitud y eficacia en virtud el interés superior del niño para no atentar contra el artículo 8 del Convenio de Roma.

A pesar de la jurisprudencia fijada por el TEDH, el TS consideró en el ATS de 2 de febrero de 2015 que la resolución impugnada no era contraria a la jurisprudencia comunitaria, alegando las diferencias entre los casos de Francia y de

³⁴ Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “En relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial (...)”, cit., (El Dictamen citado no resulta vinculante para España, puesto que en el Estado español sólo se admite la inscripción en caso de existir resolución judicial extranjera firme que reconozca la filiación pretendida. Si bien es cierto que, las autoridades españolas deben conocer y respetar lo dispuesto por el TEDH en relación a contratos de maternidad por sustitución.) (Ver punto 3.3)

³⁵ LAZCOZ, G. y GUTIÉRREZ-SOLSONA, A., “La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del Protocolo nº16”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 11, Nº 2, octubre 2019, ISSN 1989-4570, pp. 673-692

España. Como se expresa en el citado auto, en el caso francés, el tribunal de casación consideró que el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución impide el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, ya sea a través de la inscripción de las actas de nacimiento extranjeras, la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación basada en que los solicitantes han criado y educado al menor desde el inicio de su vida, la constatación de la filiación paterna o la adopción. Por contra, en España el ordenamiento jurídico prevé, a pesar de considerarse el convenio de gestación subrogada nulo de pleno derecho, que el padre biológico pueda reclamar la filiación paterna y, en el caso de que los comitentes y menores hayan formado un núcleo familiar debe protegerse esta realidad mediante la adopción, o del acogimiento en el caso de considerar que el menor ha quedado desamparado por la decisión de la madre gestante de renunciar a su filiación.

Al poco tiempo, el TEDH dictó una nueva sentencia en el ámbito de la gestación por sustitución, se trata de la famosa Sentencia de 24 de enero de 2017 sobre el famoso asunto Paradiso y Campanelli³⁶, en que las autoridades italianas declararon en situación de desamparo a un menor que había pasado sus primeros ocho meses de vida con los comitentes, dos cónyuges de nacionalidad italiana que habían accedido a la gestación por sustitución con gametos donados en Rusia. En este caso, la Gran Sala consideró que la negativa de Italia a inscribir al menor no atentaba contra el derecho a la vida familiar, en primer lugar por no considerar que hubiese vida familiar y, en segundo, por estimar legítima la injerencia estatal en la vida privada de los recurrentes por ser el estado italiano el único organismo competente para determinar que la filiación únicamente tiene lugar si existe vínculo biológico o adopción legal.

No cabe olvidar que, mientras se creaba jurisprudencia comunitaria pionera en la materia de la gestación por sustitución, la DGRN continuaba ejerciendo sus

³⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, de 24 de enero de 2017, JUR\2017\25806
(En este caso se trata de un matrimonio de nacionalidad italiana que había accedido a la gestación por sustitución con gametos donados en Rusia. Las autoridades italianas, informadas por el Consulado italiano en Moscú de que el certificado contenía información falsa, denegaron su registro iniciando un procedimiento penal contra los comitentes por alteración de la filiación, falsificación documental y atentar contra el procedimiento de adopción internacional. A su vez, se iniciaron los trámites para dar al menor en adopción dada la ausencia de vínculo genético entre el menor y los padres comitentes, lo que supuso que el menor quedase en desamparo con tan solo ocho meses de edad hasta su adopción.)

funciones. Así pues, la DGRN dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución³⁷.

A través de la citada Instrucción, la DGRN establece como requisito para realizar la inscripción la necesidad de resolución judicial dictada por tribunal extranjero competente y que la misma haya sido reconocida en nuestro ordenamiento jurídico. Así pues, a partir del momento en que se publica la citada Instrucción, para inscribir el nacimiento y la filiación de los menores nacidos en el extranjero a través de la técnica de la maternidad subrogada será necesario que, en el país en que se desarrolle la práctica y el nacimiento del menor, haya intervenido necesariamente una autoridad judicial para ratificar el contrato y determinar de forma legal la filiación de los padres comitentes a través de la correspondiente resolución judicial³⁸.

Las finalidades de la exigencia de resolución judicial en el país de origen son: I) controlar la legalidad del contrato en el país de origen, II) proteger los intereses del menor y III) aquellos de la madre gestante. En cuanto a la mujer gestante, esta exigencia permite acreditar la eficacia legal del consentimiento constataando que la misma tiene capacidad jurídica y de obrar, lo que no se conseguía con la simple resolución registral extranjera. En cuanto a la finalidad de protección del menor, se alcanza por facilitar la continuidad transfronteriza del vínculo de filiación declarado por el tribunal extranjero cuando se reconozca en España, al mismo tiempo se verifica que el contrato de gestación por sustitución no utilice como tapadera para encubrir el tráfico internacional de menores, cuestión que tampoco venía cubierta con la exigencia de una simple resolución registral extranjera³⁹.

Las resoluciones judiciales extranjeras en que se determine la filiación del menor nacido a través de la técnica de la gestación subrogada, deberán ser reco-

³⁷ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, referencia BOE-A-2010-15317

³⁸ DÍAZ, J.M., "La gestación por sustitución ...", cit., p. 91

³⁹ DÍAZ, J.M., "La gestación por sustitución ...", ibid, p. 102

nocidas por el ordenamiento jurídico español para que pueda realizarse la inscripción registral. En cuanto al procedimiento a seguir para obtener el reconocimiento, existen distintas modalidades procedimentales que pueden llevarse a cabo para tal fin atendiendo al origen de la resolución judicial extranjera. Así pues, cuando la resolución extranjera se haya dictado en un procedimiento contencioso, será necesario acudir al exequatur, si por el contrario la resolución judicial extranjera se ha dictado en un procedimiento asimilable a los de jurisdicción voluntaria en España, no será necesario acudir a la vía judicial, podrá reconocerse a través del mecanismo de reconocimiento incidental llevado a cabo por el Registro Civil. En este último caso, el Encargado del Registro Civil español deberá acreditar varios extremos como la regularidad y la autenticidad formal de la resolución judicial extranjera, la garantía de los derechos procesales de las partes y el interés superior del menor entre otros⁴⁰.

Resulta apropiado destacar la importancia que adquiere la publicación de la Instrucción del DGRN de 5 de octubre de 2010, puesto que a partir de la misma se permite en el Estado español admitir como válida la filiación que pretenden los comitentes sobre el menor nacido por gestación subrogada en el extranjero siempre y cuando se cumplan los requisitos fijados para tal fin, conforme lo dispuesto en su directriz primera *“La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.”*

En relación al reconocimiento de la resolución judicial extranjera, se debe prestar especial atención a el caso de India y Rusia, países en que la maternidad subrogada está permitida conscientemente y totalmente aceptada por la población. Pues bien, en estos países, la inscripción de la filiación de los menores a favor de las personas comitentes en sus respectivos Registros Civiles se reali-

⁴⁰ CALVO, A.L. y CARRASCOSA, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 3, Nº 1, marzo 2011, ISSN 1989-4570, pp. 247-262

za a través de un mero trámite administrativo⁴¹. La inexistencia de procedimientos judiciales que den lugar a las perceptivas resoluciones en el país de destino, supondrá un grave problema cuando los comitentes españoles pretendan inscribir el nacimiento y la filiación descritas en el momento de su llegada a España, puesto que la solicitud será denegada por no cumplir los requisitos establecidos en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, por la imposibilidad de alcanzar el requisito de la aportación de *“resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido”*.

Siguiendo el papel fundamental de la DGRN, resulta interesante analizar brevemente las dos Instrucciones dictadas en el mes de febrero de 2019. La primera de ellas fue la Instrucción de 14 de febrero de 2019, sobre la actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁴². La citada Instrucción sobrepasa lo dispuesto en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, puesto que introduce la posibilidad inscribir la filiación paterna en favor del comitente español si éste aporta como medio complementario a la certificación registral extranjera o declaración y certificación médica del nacimiento del menor donde conste la identidad de la madre gestante, que acredite el nacimiento y la filiación, una prueba de ADN que indique sin ninguna duda la realidad de la filiación paterna biológica⁴³. Esta nueva posibilidad se recogía en la directriz segunda de dicha Instrucción.

La DGRN plantea esta solución con el fin de no dejar desprotegido al menor, basándose en el interés superior del mismo. Sin embargo, resulta evidente que esta propuesta es totalmente contraria al ordenamiento jurídico español puesto que, según la legislación española la madre gestante será en todo caso la madre biológica del menor, por ello, la madre comitente sólo podrá ser madre del menor a través de la adopción legal, o volviendo a la solución prevista en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 que también recoge en su Directriz Primera la Instrucción de 14 de febrero de 2019, cumpliendo el requisito de la apor-

⁴¹ VILAR, S., “Gestación por sustitución”..., cit., p. 317

⁴² Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la DGRN, sobre la actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (Esta Instrucción no llegó a publicarse en el BOE)

⁴³ DÍAZ, J.M., “La gestación por sustitución ...”, cit., p. 828

tación de resolución judicial extranjera firme con los requisitos definidos en el anterior punto.

Por lo expuesto, la DGRN dictó una nueva Instrucción el 18 de febrero de 2019 que supuso el retorno al régimen anterior en que se contempla como requisito necesario la existencia de una resolución judicial extranjera firme para proceder a la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y la filiación de los menores nacidos por gestación subrogada en un país extranjero. Esta exigencia permite abastecer de coherencia y seguridad jurídica al estatuto personal del niño, siendo suficiente la comprobación de que ha intervenido una autoridad pública, y que en su actuación ha seguido sus normas de derecho internacional privado, por último deberá verificarse que se trata de un documento auténtico. Así pues, no habrá de examinarse la ley aplicada por la autoridad extranjera, ni tampoco podrá plantearse un control de orden público del Estado requerido, será suficiente con la constatación de que no se vulnera el interés superior del menor⁴⁴.

En realidad el resultado es similar debido a que las soluciones ofrecidas por ambas Instrucciones permiten conseguir la inscripción de los menores. Sin embargo, la exigencia de resolución judicial resulta ser un método más garantista que pretende proteger a las partes más débiles del procedimiento, la madre gestante y el menor.

3.3. Proceso actual de inscripción en España

Actualmente, y en virtud de la Resolución de la DGRN emitida el 18 de febrero de 2019 que se aplica partir del día 22 de febrero de 2019, quién pretenda inscribir el nacimiento y la filiación de un niño nacido a través de la maternidad por sustitución en el extranjero en el Registro Civil consular de España, deberá tener en cuenta la necesidad de resolución judicial firme y dotada de exequatur,

⁴⁴ DURAN, A., “Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema”, Cuadernos de Derecho Transaccional, Vol. XI, Nº 2, octubre 2019, ISSN 1989-4570, pp. 575-582

es decir, será preciso que la misma reúna los requisitos y garantías exigidas por el Derecho Internacional para ser reconocida en España, y así, que el encargado del registro civil del Registro Civil consular de España pueda hacer la inscripción. La finalidad de la exigencia de una resolución judicial extranjera firme, reside en asegurar que existe una intervención y/o supervisión judicial que favorecerá la legalidad, la seguridad jurídica y la garantía del consentimiento prestado⁴⁵.

El problema surge cuando no existe resolución judicial firme que acredite la filiación, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010, en cuyo caso quedará suspendida la inscripción del menor en el Registro Civil consular español, con base en la ausencia de medios probatorios susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular. En este sentido, la suspensión y las particularidades que concurran se notificarán por el encargado o encargada del Registro Civil consular al Ministerio Fiscal, en virtud del artículo 124 del Reglamento del Registro Civil.

El cambio fundamental introducido por la Instrucción de 18 de febrero de 2019 reside en que la inscripción de la filiación cuando no existe sentencia judicial extranjera firme no será estimada ante el Registro Civil consular, como se hacía hasta el momento de su publicación, sino que los padres y/o madres intencionales deberán obtener, en su caso, de las autoridades del país en que se haya desarrollado la práctica de la gestación por sustitución, el pasaporte y los permisos del menor que permitan viajar a España y, a su llegada, -en las palabras de la Resolución- *“a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con necesario el rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación”*⁴⁶.

⁴⁵ VALDÉS, C.C, “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, Anuario de la Facultad de Derecho, Vol. XXXI, 2014, p. 474

⁴⁶ LAZCOZ, G. y GUTIÉRREZ-SOLSONA, A., “La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del Protocolo nº16”,..., cit., pp. 686 y 687

Los tribunales españoles han venido adoptando una solución para los casos en que no existe resolución judicial firme extranjera y el padre intencional ha aportado material genético. Así, en este supuesto, la forma de unir con lazos la filiación del menor con respecto a los padres intencionales se realiza a través del reconocimiento del padre y la posterior adopción del menor por parte su mujer, con independencia de que esta última haya aportado o no sus óvulos.

En este sentido, se pronuncia la Audiencia Provincial de Murcia en la actual Sentencia de 31 de enero de 2019⁴⁷. Pues bien, la Audiencia estima el recurso interpuesto y entiende que, en el caso concreto, la solicitud de adopción es conforme al interés superior de la menor. Sobre la valoración del principio del interés superior del menor considera que el caso sigue lo expuesto en el ATS de 2 de febrero de 2015, según el cual el ordenamiento jurídico español protege el interés superior del menor en cumplimiento del artículo 8 del Convenio de Roma y conforme a la jurisprudencia del TEDH, por permitir la fijación de las relaciones paterno-filiales a través de la adopción o el acogimiento por parte de la mujer del padre biológico del menor.

La cuestión adquiere mayor complejidad en aquellos supuestos en que no existe resolución judicial firme ni vínculo biológico del menor respecto a los comitentes, en cuyo caso sólo quedará a salvo la posibilidad de acudir a la adopción internacional, que requerirá la propuesta previa por parte de los solicitantes, la valoración y posterior declaración de idoneidad, o el acogimiento que sólo será posible a instancias de la situación de desamparo en que se encuentra el menor por haber renunciado la madre legal a su filiación. En ambos casos deberán cumplirse los requisitos previstos para ello tanto en la normativa internacional como la nacional, así como las condiciones específicas que puedan reque-

⁴⁷ Sentencia 91/2019, dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia el 31 de enero de 2019, ECLI: ES:APMU:2019:181

(La madre no biológica pretende adoptar a la menor nacida por gestación subrogada en Kiev, siendo el marido de la solicitante el padre biológico de la niña. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia número Tres (Familia 1) de Murcia mediante Auto de fecha 31 de julio de 2018, deniega la solicitud por considerar que la solicitante no tiene legitimación activa en virtud del artículo 175.3.1º del Código Civil que impide la adopción de los descendientes, puesto que en el Registro Civil ucraniano consta que la menor es hija de la madre y el padre de intención españoles. Sin embargo, la Audiencia entiende que de acuerdo con el ordenamiento jurídico español la filiación materna será la determinada por el parto, motivo por el que la solicitante no es la madre de la menor, y una vez acreditada la idoneidad de la solicitante, teniendo en cuenta el interés superior de la menor, acuerda revocar el auto y acordar la aprobación de la adopción solicitada.)

rirse en el país en que haya nacido el menor. Actualmente, los instrumentos normativos que deben tenerse en cuenta, independientemente de los existentes en el país en el que tenga lugar el nacimiento, son: el CC, La Ley Orgánica del Poder Judicial, La Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, la legislación de las comunidades autónomas y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Todo ello inspirado en los principios fijados en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

Siguiendo el criterio de Pérez M.T., pese a la utilidad de la adopción internacional como vía para solucionar la travesía jurídica referenciada en el párrafo anterior y así controlar el tráfico internacional de menores y proteger sus derechos de acuerdo con el interés superior del menor, esta figura legal no es la solución ideal, puesto que emitir sentencias de adopción internacional cuando en realidad se trata de supuestos de maternidad subrogada, podría suponer, en cierto modo, un fraude de ley⁴⁸.

Como mantiene la mayor parte de la doctrina, una solución más apropiada consistiría en la suscripción de un convenio internacional que, de modo similar al sistema establecido para libre circulación internacional de la filiación adoptiva en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, garantizara el cumplimiento de ciertos requisitos en el desarrollo de los procesos de gestación subrogada y, a su vez, permitiera la aceptación de la filiación pretendida por los padres y/o madres comitentes en aquellos Estados en que estos pretendiesen el reconocimiento de dicha filiación, lo que sería posible teniendo en cuenta la seguridad jurídica que proporcionaría el cumplimiento de las condiciones fijadas en el Convenio en garantía de los derechos de las partes intervinientes en el proceso de la gestación subrogada⁴⁹.

⁴⁸ PÉREZ, M.T., “El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 772, enero de 2019, pp.763-805

⁴⁹ CALVO, A.L. y CARRASCOSA, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 ...”, cit., pp. 45-113

4. CONCLUSIONES

Primera.- Principal problema de la eficacia extraterritorial del contrato de maternidad subrogada.

Las diferencias sobre la regulación de la gestación por sustitución que existen actualmente entre los distintos ordenamientos jurídicos a nivel internacional -permisión legal, prohibición o no previsión-, favorecen el turismo reproductivo. Este tipo de turismo lo practican los nacionales de aquellos países en que la práctica de la maternidad subrogada es ilegal, como es el caso de España. Los padres y/o madres intencionales acuden a un país extranjero en que sí está permitido el desarrollo de su práctica y pretenden, posteriormente, inscribir el nacimiento y la filiación de los menores en su país de origen basándose, en el caso de España, en el reconocimiento judicial que se les concede en el Estado en que se lleva a cabo la gestación por sustitución.

La práctica descrita supone una dificultad para aquellos Estados en que la gestación subrogada no está legalizada o permitida, lo que ha provocado, en el caso español, un enfrentamiento entre la DGRN y la jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria. Se trata de una cuestión realmente compleja, pues se enfrentan el principio del interés superior del menor, los derechos de la madre gestante y el orden público internacional.

Segunda.- Vía de solución actual en España.

Hoy en día, el Estado español permite inscribir el nacimiento y la filiación del menor fruto del procedimiento de gestación por sustitución con respecto a los comitentes, siempre y cuando se cumplan los requisitos fijados para tal fin en las Instrucciones de la DGRN de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019, siendo uno de ellos la resolución judicial extranjera firme y dotada de exequatur en que se reconozca la filiación pretendida. Para el caso en que no exista dicha resolución pero sí una vinculación genética con alguno de los comitentes, la parte solicitante tratará de obtener el pasaporte y los permisos del menor para viajar a España y, a su llegada, deberá iniciarse el correspondiente

expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación y, una vez acreditada dicha filiación, el otro miembro de la pareja comitente, podrá iniciar los trámites de adopción. Para el caso en el que no exista resolución judicial y tampoco vinculación genética del menor con respecto a los comitentes, sólo quedará libre la opción de la adopción internacional aunque no es la solución más idónea.

Tercera.- Necesidad de convenio internacional.

Frente a la realidad descrita, surge la necesidad de elaborar y aprobar un instrumento multilateral consensuado en relación a la práctica de la gestación por sustitución que recoja criterios de obligado cumplimiento para los países firmantes, aportando una base normativa común entre los mismos. En este sentido, tal y como anuncia el TEDH en su Dictamen de abril de 2019, la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado ya está trabajando en la creación de un posible convenio internacional en relación a esta materia.

5. BIBLIOGRAFÍA

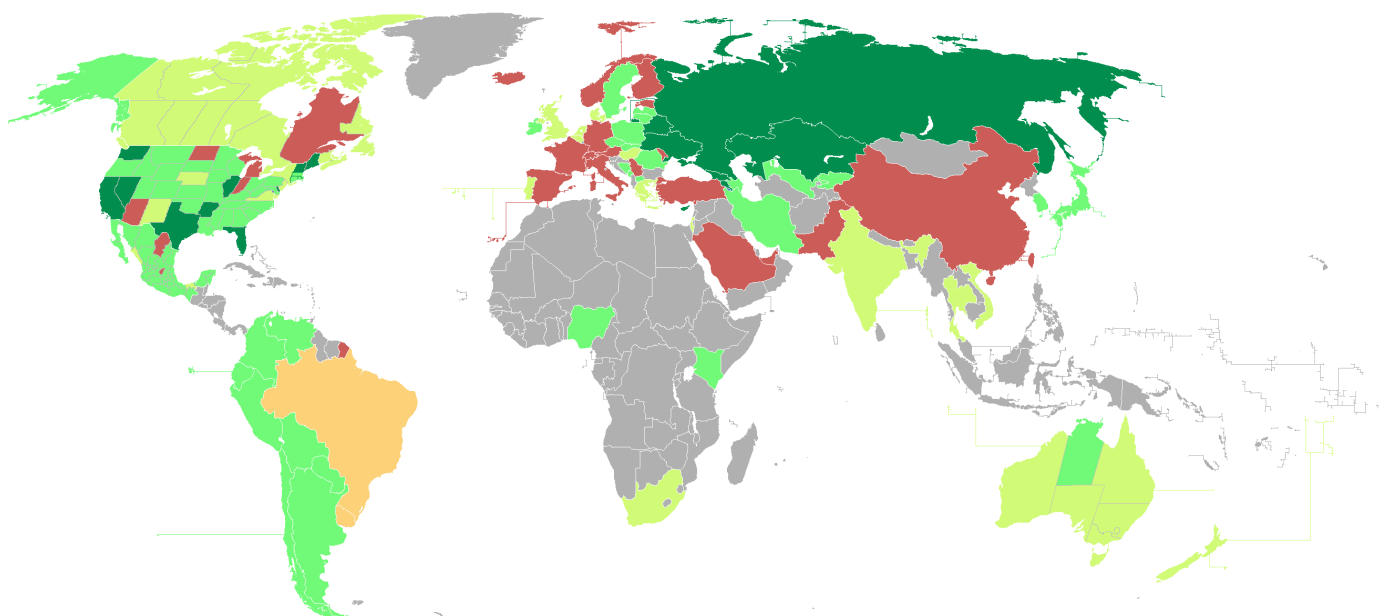
- NOTRICIA, F., COTADO.F., PATRICIO, J.C., “La figura de la gestación por sustitución”, Revista IUS, Vol. 11, Nº 39, Puebla, enero/junio 2017, ISSN 1870-2147
- PÉREZ, M., “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”, Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid
- LAMM, E., “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, Barcelona, diciembre 2013
- MUÑOZ, G., “La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”, Actualidad Jurídica Iberoamericana”, Nº 10 bis, junio 2019, ISSN 2386-4567
- FERNANDEZ, P.I., “Criterios bioéticos y constitucionales”, en Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín Maternidad Subrogada, Jornadas sobre “maternidad subrogada”, Colegio de Abogados de Madrid, abril de 2018
- VILAR, S., “Gestación por sustitución”, Tesis Doctoral, Universidad Jaume I de Castellón de la Plana, 2017
- NÚÑEZ DE CASTRO, M^aS., “La maternidad subrogada en España: ¿Coherencia entre la jurisprudencia civil y laboral?: Reflexiones a propósito de la STS de 25 de Octubre de 2016. Sala de lo Social”, Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, Nº 16, Universidad de Málaga, octubre de 2017, ISSN 2255-1824
- SÁNCHEZ, R., “La gestación por sustitución: Dilemas éticos y jurídicos, Humanitas Humanidades Médicas”, Tema del mes on-line, Nº 49, Abril de 2010, ISSN 1886-1601
- DÍAZ, J.M., “La gestación por sustitución en el Registro Civil español, la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”, Revista de Derecho Civil, Vol.VI, Nº 1, Estudios, ISSN 2341-2216

- GIL, H., "Editorial", en Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín Maternidad Subrogada, Jornadas sobre "maternidad subrogada", Colegio de Abogados de Madrid, abril de 2018
- GLENN, I., "Las fronteras del derecho sanitario: Globalización y Turismo Médico", 2014, ISSN 1575-8427
- QUIÑONES, A., "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, julio 2009
- DURAN, A., "Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014", Ars Iuris Salmanticensis, Vol. II, Salamanca, diciembre 2014, ISSN 2340-5155
- LAZCOZ, G. y GUTIÉRREZ-SOLSONA, A., "La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del Protocolo nº16", Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 11, Nº 2, octubre de 2019, ISSN 1989-4570
- CALVO, A.L. y CARRASCOSA, J., "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 3, Nº 1, marzo de 2011, ISSN 1989-4570
- DURAN, A., "Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema", Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. XI, Nº 2, octubre 2019, ISSN 1989-4570
- VALDÉS, C.C., "La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas", Anuario de la Facultad de Derecho, Vol. XXXI, 2014
- VALERO, A., "La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales", Universidad de Castilla la Mancha

- EMALDI, A., "La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de ley", Facultad de Derecho. Universidad de Deusto, ISSN 1989-7022
- PÉREZ, M^aT., "El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 772, enero de 2019

ANEXO DOCUMENTAL

Documento Número 1



REGULACIÓN LEGAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN A NIVEL MUNDIAL

- Legal las formas retribuida y altruista
- Sin regulación legal
- Legal sólo de forma altruista
- Permitida entre familiares hasta segundo grado de consanguinidad
- Prohibida
- No regulada

* (En Portugal la situación ha cambiado recientemente, puesto que el Tribunal Constitucional Portugués, en la Sentencia de 18 de septiembre de 2019, núm. 465, causa 829/2019, ha declarado inconstitucional el art. 8, 13º de la Ley 32/2006, modificada por las leyes 59/2007, de 4 de septiembre de 17/2016, 20 de junio de 2016, 22 de agosto, 58/2017, 25 de julio, 49/2018, 14 de agosto y 48/2019, 8 de julio.)